gel wahr, daß man dritten Personen nicht schaden soll, und der ganze Titel ad L. Aquiliam. lehrt dies in jeder Zeile; aber er fügt oft hinzu, daß es kein verbotenes nocere sey, wenn man nothgedrungen Personen oder Sachen schadet, welche selbst zu schaden im Begriff sind.

VI.

Etwas über die Last des Beweises.

Vom Herrn Appellationsgerichtsrath v. Herrestorff.

Nachdem in §. 2. institut. de action. der Begriff der gegenseitigen Klagen, der actio confessoria und der negatoria, die für Dienstbarkeiten eingeführt sind, entwickelt [1]) und

---

1) Auf dasselbe läuft aus die in Ansehung des Nießbrauchs in L. 5. princ. dig. si ususfr. pet. vorkommende Entgegensetzung beider Klagen, der actio confessoria und der negatoria Einer zu der Andern. Daselbst heißt es: uti frui jus sibi esse solus potest intendere, qui habet usumfructum: quia qui habet proprietatem utendi fruendi jus separatum non habet; nec enim potest ei suus fundus servire; de suo enim non de alieno jure quemque agere oportet. Damit ist gesagt, daß der Nießbraucher actione confessoria handeln könne, und nicht der Eigenthümer, der den ungetrennten Nießbrauch hat, weil dieser gegen einen Andern, der den Nießbrauch nicht besitzt, und also über ein fremdes Recht vernünftiger Weise eben so wenig die actio confessoria anstellen kann, als gemäß dem §. 2. instit. de action. der besitzende Eigenthümer einer körperlichen Sache gegen einen Andern die actio rei vindicatoria. Das Gesagte bewährt sich durch die fortgesetzte Entwickelung: quanquam enim actio negativa domino competat adversus fructuarium, magis tamen de suo jure agere videatur quam alieno: cum invito se negat jus esse utendi fruendi fructuario, vel sibi jus esse prohibendi. Der civiliter besitzende Eigenthümer kann also gegen den naturaliter besitzenden Nießbraucher sich der actio negatoria bedienen, weil er dann über sein Recht, den Nießbraucher von dem Nießbrauche auszuschließen, streitet. Ist der Kläger nicht der Eigenthümer des dienenden Grundstücks, so schließt die Einrede des unbefugten Widersachers ihn von der actio negatoria aus, oder wie die Entscheidnng sich ausdrückt: fructuarius vincat jure, quo possessores sunt potiores, licet nullum jus habeant. In Dienstbarkeiten der Grundstücke schließt dieselbe Einrede die actio negatoria aus, wenn der Kläger der Eigenthümer des dienenden Grundstücks nicht ist. L. 1. L. 2. princ. dig. si servit. vindic. u. s. w.

beyläufig angemerkt worden war, daß diese Theilung der Klagen in Streitigkeiten körperlicher Sachen nicht Statt finde, weil darin Kläger sey, der nicht besitze; der Besitzer aber keine das Eigenthum eines Andern verläugnende Klage habe, wird am Ende hinzugefügt: sane uno casu qui possidet nihilominus actoris partes obtinet, uti in latioribus digestorum libris opportunius apparebit. Nach der Forderung der Beziehung auf die vorhergehende Entwickelung beyder Klagen, der actio cofessoria und der negatoria, darf man nicht außer Acht lassen, daß der Besitzer, wovon die Stelle spricht, entweder der civiter besitzende dominus nudae proprietatis, oder der civiliter und naturaliter besitzende Eigenthümer des dienenden Grundstücks ist, je nachdem Einer oder der Andere die actio negatoria anstellt. In diesem Sinne genommen entscheidet die Stelle unter Verweisung auf die Pandecten eine von Schriftstellern häufig aufgeworfene Streitfrage, und sie erfordert auf eine mit den gemeinen Grundsätzen über die Last des Beweises übereinstimmende Weise von dem besitzenden Eigenthümer des dienenden Grundstücks den Beweis der Freyheit von der Dienstbarkeit wegen nothwendiger Klage, auf die ihn der gegentheilige Besitz zurückweist. Diese Erklärung söhnt sich mit den Vortheilen, welche die interdicta possessoria gewähren, aus und mit dem Ausdrucke der Last des Beweises im Römischen Rechte, wie sich unter mehrern andern Stellen aus §. 4. instit. de interdict. L. 24. dig. de rei vindicat. L. 8. §. 3. dig. si servit. vindic. L. 2. und L. 21. dig. de probat. L. 15. dig. de nov. oper. nunciat. L. 35. dig. de adquir. vel amitt. possess. und L. 1. §. 3. dig. uti possid. ergibt. Kein Grundsatz des Römischen Rechts ist durchgreifender, keiner dem Zwecke der Gerichte, deren Bestimmung ist, alle Selbsthülfe auszuschließen, und dem sichern und geordneten Gange der Rechtsverwaltung, der nicht seyn, nicht bewiesen, oder zweifelhaft seyn, nothwendig dasselbe seyn muß, angemessener, als derjenige ist, daß der Kläger, der sich in die Nothwendigkeit versetzen läßt, von einem Andern Etwas zu gesinnen, seine Gesinnung beweisen müsse, und nicht der verläugnende Beklagte das Gegentheil. Sogar die persönliche Freyheit, die als Gegenstand eines unschätzbaren Werthes sich so mancher Begünstigung im Römischen Rechte zu erfreuen hat, wenn sie wider den gegentheiligen Besitz angesprochen wird, befreyt nicht den Kläger von der Last des Beweises, noch macht sie eine Ausnahme von dem gemeinen Grundsatze L. 8. dig. de probat. L. 7. §. 5. dig. de liberali causa.

Jeder andere Beweis ist dann überflüssig, wenn der Be-

klagte die Gesinnung des Klägers rein eingesteht, indem er dann sich selbst gleichsam das Urtheil spricht L. 1. dig. de confess. Verbindet er mit seiner Antwort eine Einrede, mag diese sich auf eine zusammenhängende oder gleichzeitige, oder auf eine weder zusammenhängende noch gleichzeitige Thatsache beziehen, so verhält die Sache sich anders. Dann darf er nicht, gleichsam als hätte er sich selbst sein Urtheil gesprochen, verurtheilt werden, und er ist ja nicht dafür anzusehen, die Gesinnung des Klägers einzugestehen L. 9. dig. de except. Im Gegentheile muß der Kläger anderswoher seine Gesinnung dem ganzen Umfange nach beweisen, bevor der Beklagte eines Beweises seiner Einrede bedarf, wenn dieser dessen Gesinnung in Zweifel bringt, sich in eine Einrede zugleich auslassend L. 9. cod. de except. Diesen Sinn beyder Stellen bewährt eine Dritte in L. 12. §. 1. dig. de interrog. in jur. faciend., der doch wohl durch willkührlichen Zusatz der Sinn nicht aufgedrungen werden darf, daß der Beklagte sich der seiner Antwort angehängten Einrede bedienen könne, wenn er den gehörigen Beweis derselben herbeyschaft. Gilt sonst jedes Beweismittel des Klägers, das etwas zum Vortheile des Beklagten enthält, auch für diesen, so darf ein Anderes nicht Statt finden in Ansehung der Antwort des Beklagten mit verbundener Einrede, und diese nicht von jener zu dessen Nachtheile ausgeschieden werden. Denn sonst artet das gerichtliche Verfahren in hinterlistige Fangung des gewissenhaften Beklagten aus, und setzt ihn in den Wechselfall, entweder das wahre Verhältniß der Sache ganz zu unterdrücken, oder jenem hinterlistigen Mittel sein Recht zum Opfer zu bringen.

Der Vernünftigkeit der Entscheidung redet ebenfalls die dem gemeinen Verkehr und dem Geschäftsleben sich vorzeichnende Vorsicht das Wort, die jenem, der sich in den Fall versetzen läßt, von einem Andern Etwas zu gesinnen, gebeut, sich den gehörigen Beweis zu verschaffen, bevor eine gleiche Vorsicht den Andern auffordert, sich mit dem Beweise der Befreyung zu versehen, oder für die Wiedererlangung, oder auch die Zerstörung der Ersteren etwa ausgestellten Beweisurkunde Sorge zu tragen. Durch anderes Verfahren müßte der tägliche Verkehr eine nachtheilige Störung leiden.

Uebrigens macht der titulus pandectar. de jurejurando sive volunt. sive necess. allem Zweifel ein Ende. Der zugeschobene und abgegebene Eid (jusjurandum delatum et datum) folgt den Grundsätzen und dem Verhältnisse entschiedener Sache, und hat größere Kraft, weil er sogar die actio doli ausschließt L. 2. dig. de jurejur. L. 1. princ. dig. quar. rer. act. non dat. L. 21. und L. 22. dig. de dol.

mal. Ist der Eid dem Beklagten zugeschoben worden, so erstreckt er sich, gleich wie das Urtheil des Richters L. 6. dig. de except. rei judic. L. 37. dig. de reg. jur., über den Gegenstand der Klage, schließt mithin keine Einrede dagegen aus, und entscheidet in dieser Ausdehnung über das Loos der Klage L. 3. princ. und §. 1. L. 7. L. 8. et L. 26. §. 4. 6. 7. und 8. dig. de jurejur. Denn sonst konnte der Prätor wegen desselben Gegenstandes, über den der Eid zugeschoben und abgegeben worden, die Klage nicht verweigern, sondern er mußte von dem Beklagten den Beweis der Einreden fordern. Eben so konnte er vernünftiger Weise nicht, wie dies in L. 34. §. 6. 7. und 9. dig. de jurejur. geschieht, den Beklagten anhalten, zu zahlen, zu schwören, oder den Eid zurückzuschieben. Denn im Falle von Beklagtem gemachter Einrede der Zahlung ist der Eid über die Klage mit Trennung der Einrede oder dessen Zurückschiebung überflüssig, und jedenfalls, ohne dem Beweise der Einrede Statt zu geben, die Verurtheilung des Beklagten zur Zahlung voreilig, und der ersten Forderung alles gerichtlichen Verfahrens, dem Beklagten seine Vertheidigung zu gestatten, zuwider. Da der zugeschobene und abgegebene Eid kein gegentheiliges Rechts-Mittel übrig läßt, so ist hinreichend, daß er den Ungrund der Klage durch das allgemeine: se dare non oportere ausspricht, oder eben so allgemein die Einrede des unbefugten Widersachers: rem petitoris non esse, oder auch die andere den Gegenstand der Klage erschöpfende Einrede, die Sache sey das Eigenthum des Schwörenden, rem suam esse, ausdrückt, L. 9. §. 1. L. 11. princ. §. 1. und §. 3. L. 40. dig. de jurejur. In jedem Falle macht das Ergebniß des zugeschobenen und abgegebenen Eides in Ansehung desselben Gegenstands das Recht unter den Partheyen zum Nachtheile, wie zum Vortheile des Klägers. Wird der Käufer, in dessen Besitz die Sache durch Ueberlieferung gekommen ist, durch die Klage aus dem Verkaufe, actio ex vendito, belangt, und ihm der Eid von dem Kläger zugeschoben, so schwört er entweder, daß der Preis gezahlt sey, dann schließt er dadurch die Klage aus, oder er bestimmt durch den Eid den Preis, gegen welchen die Sache ihm verkauft worden; ohne dessen geschehene Zahlung hinzuzufügen, und dann muß er diesen Preis zahlen L. 13. §. 3. 4. und 5 dig. de jurejur. Eine andere Deutung dieser Stellen geräth mit den entwickelten Grundsätzen des Eides in Widerstreit, hebt die Vortheile auf ungeradem Wege wieder auf, welche die possessorischen Rechtsmittel dem besitzenden Käufer mit voller Wirkung gewähren, und, indem sie den klagenden Verkäufer, der sich in die Nothwendigkeit versetzen ließ, den Kaufpreis zu gesinnen,

von der Last, seine Gesinnung zu beweisen, ausnimmt, unterwirft sie umgekehrt den beklagten Käufer dem Beweise seiner Befreyung durch Zahlung. Ist aber von anderem Gegenstande die Frage, so bedarf es einer besondern Zuschiebung des Eides L. 3. princ. L. 7. L. 36. dig. de jurejur.

Die dem Kläger obliegende Last des Beweises führt zu der natürlichen Folge, daß er keines weitern Beweises bedarf, wenn er durch das bewiesene Hauptgeschäft in Einem seine Gesinnung (den Beweis seiner Gesinnung) vollendete; und also eine gegründete Gesinnung für sich hat L. 19. princ. dig. de probat. L. 1. dig. de exception. Dasselbe gilt für den Beklagten, dessen Einrede bewiesen ist L. 9. dig. de probat.

Demnach hat der locator, der deponens, der commodans, der debitor pignori tradens, der dominus nudae proprietatis, der emtor, wenn der in den Besitz und in die Gewahrsam des andern Theiles gekommene, oder, wie es bey dem Verkaufe der Fall ist, in dem Besitze und der Gewahrsame des Verkäufers gebliebene Gegenstand zu Grunde gegangen, verkommen oder schlimmer geworden ist, nicht die Schuld des andern Theiles zu beweisen, sondern der conductor, der depositarius, der commodatarius, der creditor pignori accipiens, der ususfructuarius, der venditor muß den Zufall, die höhere oder größere unwiderstehlige Gewalt, oder aber die von ihm nach der Art und der Natur des Contractes nicht zu leistende Schuld beweisen, durch deren Eines oder Anderes er die auf Zurückgabe in wohl erhaltenem und unversehrtem Zustande gegründete Gesinnung des Klägers entkräften und ausschließen will L. 9. §. 4. dig. loc. cond. L. 5. cod. de pignorat. act. L. 1. eod. depos. L. 11. dig de peric. et comm. rei vend. Man will zwar in ersterer Stelle, L. 9 §. 4. dig. loc. cond., die Entscheidung eines besonderen Falles nach eigenen Umständen, und nicht nach gemeinen Grundsätzen finden, wegen der Worte: citra tuam fraudem. Allein diese Worte in ihrer Verbindung mit dem übrigen Inhalte der Entscheidung machen auf die Beschaffenheit des Beweises in dem besonderen Falle aufmerksam, und drücken nichts anders aus als: „Das Wegtreiben der Ziegen durch größere unwiderstehliche Gewalt, und also ohne Verschulden des conductor müsse bewiesen werden, so jedoch, daß der zu führende Beweis nicht in den Verdacht der Täuschung und eines Einverständnisses ausarte.“ So verstanden geht die Entscheidung auf die gemeinen Grundsätze über die Last des Beweises zurück, und verlangt den Beweis der die Gesinnung des Klägers entkräftenden Einrede, und, was dessen Beschaffenheit für den besonderen Fall betrifft, einen den

Verdacht einer Täuschung vermeidenden Beweis. Will man der Entscheidung in enger und platter Bedeutung der Worte: citra tuam fraudem die Forderung des Beweises ausdrücken, daß aller Betrug von dem Hergange ausgeschlossen sey, so führt ja diese Deutung nicht bloß zu demselben Ergebnisse, zu den gemeinen Grundsätzen über die Last des Beweises, sondern sie erfordert Mehr, indem sie sich dann mit dem gehörigen und unverdächtigen Beweise der größern unwiderstehligen Gewalt nicht begnügt, sondern den conductor in dem bezeichneten Falle zu dem Beweise seiner Freyheit von Betruge verpflichtet, oder, was Einerlei ist, zu dem Beweise, daß er die Beute mit den Räubern nicht getheilt habe. Dieser Sinn der Stelle würde zu viel beweisen, und gegen eben so unzweydeutige Grundsätze des Römischen Rechts verstoßen, die erfordern, daß der Kläger, der, sey es vom Anfange, oder im Fortlaufe der Sache für die Begründung seiner Gesinnung die Zuflucht zu dem dolus des Beklagten nehmen muß, oder der Beklagte, der, nachdem der Kläger seine Gesinnung gehörig und vollständig bewiesen hat, für die Begründung seiner Einrede sich auf den dolus des Klägers zu beziehen gezwungen ist, den dolus des Andern darthun müsse L. 18. §. 1. dig. de probat. L. 6. eod. de dol. mal. Die einmal gegründete Gesinnung des Klägers leidet übrigens keine Veränderung durch den Unterschied, ob der Unfall, wodurch der Untergang oder das Verderben herbeygeführt wurde, sich durch sichtbare Spuren ausweiset, wie bey dem Brande, oder ob das Verkommen oder das Verderben keine Spuren zurücklassend zum Gewinne und zur Bereicherung gemißbraucht werden konnte. Dieser Unterschied kann allenfalls dazu dienen, den Beweis der Einrede in ersterem Falle zu erleichtern, und im andern Falle den Schatten eines Verdachts auf die Beschaffenheit des Beweises zu werfen; hebt aber in keinem Falle die gegründete Gesinnung des Klägers auf L. 29. cod. de loc. cond. L. 2. cod. de naufrag. Mit dem Gesagten stimmt die Entscheidung in L. 11. dig. de peric. et comm. rei vend. überein. Bey dem Brande ist der Fall nicht selten, daß die Entstehung durch unabwendbaren Zufall oder durch höhere Gewalt, etwa durch äußere Anlegung des Feuers, durch dessen Mittheilung von anderem Gebäude, durch Einschlagen des Blitzes oder auf andere Weise sich bald entdecken läßt. Häufiger äußert sich der andere Fall, daß der Brand ohne Verschulden nicht entstehen konnte. Ueber den letzteren Fall verbreitet sich die Entscheidung. Um diesen Fall mehr hervorzuheben, setzte sie sich die Verbrennung eines verkauften abgesonderten Gebäudes (insula) vor, die (nach der Lage des Gebäudes und den

Anzeichen des entstandenen Brandes) ohne Verschulden nicht geschehen könne. Sie nimmt an, daß dennoch der Brand ohne Schuld des Hausvaters geschehen könne, und fügt hinzu, daß dieser, wenn der Brand durch Nachlässigkeit der Dienerschaft (mögen es Sklaven oder Freye seyn) entstanden wäre, nicht immer in Schuld sey. Deßhalb befreyt sie den Verkäufer in Ansehung des Brandes von aller Verantwortlichkeit, wenn er in Verwahrung des Gebäudes die Sorgfalt angewandt habe, die sorgfältige und vernünftige Hausväter anwenden müssen, oder, was dasselbe ist, wenn er die Entstehung der Feuersbrunst durch eine Schuld der Dienerschaft bezeugt, die ihm als sorgfältigen und klugen Hausvater nicht aufzumessen ist. Keineswegs aber spricht die Entscheidung den Verkäufer von dem Beweise seiner Schuldlosigkeit frey, noch weicht sie von den gemeinen Grundsätzen über die Last des Beweises ab, welche fordern, daß der Beklagte die gegründete Gesinnung des Klägers durch den Beweis seiner Einrede entkräften müsse.

Eben so, nachdem der Kläger den Beweis seiner Gesinnung vollendet hat, muß der Beklagte, wie jede andere Einrede, auch die Einrede des Alters, des persönlichen Zustandes, wodurch er die Klage entkräften will, beweisen, sey es, daß er den Beweis aus den Urkunden, deren der Kläger sich bediente, herleiten kann, oder anderswoher sich verschaffen muß. L. 4. cod. de in integr. restit. min. L. 27. dig. de condit. institut. L. 5. cod. de codicillis.

VII.

Kurze Aufsätze.

Von Herrn Prof. Zimmern.

---

1. Ueber exheredatio bona mente.

Viele [1]) glauben [2]), es sey die exheredatio bona mente dadurch unpractisch geworden, daß Nov. 115 die Institution der De- und Ascendenten aus keinem anderen Grunde zu

---

1) So neuerlich Unterholzner in diesem Archiv B. 2. S. 35.

2) Ueber die Litteratur der Controverse s. Thibaut Pand. §. 814. Note o). Glück Com. B. 7. S. 257. fgg.